

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1040820-89.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes CHURRASCARIA COXILHA DOS PAMPAS LTDA., MANUELA FOGAÇA CASTILHO CUTTI & LTDA - ME e IRMÃOS CUTTI SERVIÇOS DE HOSPITALIDADE LTDA. ME, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para anular em parte a r. sentença e, prosseguindo no exame do mérito, julgaram parcialmente procedente a ação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) E JARBAS GOMES.

São Paulo, 8 de abril de 2025.

AROLD VIOTTI
RELATOR
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 47.634

APELAÇÃO Nº 1040820-89.2017.8.26.0053, de São Paulo

APELANTES: CHURRASCARIA COXILHA DOS PAMPAS LTDA. e OUTROS

APELADA: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

JUIZ 1ª INSTÂNCIA: LUIZ FERNANDO RODRIGUES GUERRA

Ação Declaratória. Insurgência contra a cobrança de ICMS, como consumidora final, no fornecimento de energia elétrica sobre base de cálculo que abrange a chamada “demanda reservada” ou “demanda contratada”, e não sobre a energia efetivamente consumida. Sentença de improcedência. Aplicação do artigo 1.013, § 3º, do CPC, para adequação do dispositivo da sentença aos termos do pedido, e, passando ao exame do mérito. Energia elétrica equiparada no sistema constitucional a mercadoria, para fins de incidência do ICMS (artigo 155, inciso II, e § 3º). O fato gerador, a circulação dessa “mercadoria”, dá-se no momento do consumo, de sua efetiva utilização pelo consumidor. Por conseguinte, à autora assiste o direito de não ser compelida a pagar o ICMS sobre valor de energia elétrica que não consumiu. Solução ora adotada conforme à tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 593.824-SC, julgado sob regime de Repercussão Geral (Tema 176) (RE nº 593.824-SC), bem assim à Súmula nº 391 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes deste Tribunal. Repetição do indébito devida, respeitada a prescrição quinquenal. Recurso provido para anular em parte a r. sentença e, prosseguindo no exame do mérito, julgar parcialmente procedente a ação.

I. Ação Declaratória c.c. Repetição de Indébito movida por CHURRASCARIA COXILHA DOS PAMPAS LTDA. e OUTROS contra a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando se reconheça a inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue a recolher o ICMS, nas aquisições de energia elétrica, sobre os encargos de transmissão e conexão na entrada de energia elétrica, especialmente as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou de Distribuição (TUSD), ao argumento de que o ICMS deve incidir apenas sobre o valor da energia efetivamente consumida. Pede se declare a inexigibilidade do ICMS sobre referidos encargos, bem como se afaste a exigência do tributo sobre a “demanda contratada e não utilizada”, mais a condenação da Fazenda Estadual à repetição dos valores indevidamente cobrados a tal título, acrescidos dos consectários legais.

A r. decisão de fls. 262 determinou a suspensão do processo, nos termos dos artigos 313, inciso IV, e 982, inciso I, ambos do Código de Processo Civil, até solução do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no processo nº

2246948-26.2016.8.26.0000, bem como do Tema 986 do STJ.

A tutela de urgência foi indeferida pela r. decisão de fls. 266/267, a qual foi mantida em sede de Agravo de Instrumento nº 2292420-74.2021.8.26.0000, j. 08.03.2022.

Em razão do julgamento do REsp nº 1.163.020-RS pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos Recursos Repetitivos (Tema 986), foi proferida a r. sentença de fls. 313/325, de relatório adicionalmente adotado, julgando improcedente a ação, condenando a autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Foram desacolhidos embargos de declaração opostos pela autora (fls. 379/380 e 388), impondo-se à embargante multa de 2% sobre o valor da causa (fls. 388).

Sobreveio Apelação da autora. Nas razões de fls. 394/408, assinala a nulidade da r. sentença, diante de omissão no que tange especificamente ao pedido de não incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada (cf. item 4 da inicial), o que levou à interposição de embargos de declaração visando o deslinde dessa questão. Pede a reapreciação das razões apresentadas e o afastamento da multa imposta em sede de embargos pelo juízo “a quo”. Caso assim não se entenda, no mérito, *“desde já requer a reforma da r. sentença que impôs a multa, reconhecendo-se a ausência de má-fé ou intuito protelatório por parte da Apelante, bem como no mérito reconhecendo o direito à não incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada e o direito à restituição do indébito tributário, considerando também os últimos 5 anos ao ajuizamento da ação na primeira instância, atualizada pela Taxa Selic, a teor do disposto no artigo 1º da Lei Estadual nº 10.175/98.”* (textual – fls. 408).

O recurso foi respondido a fls. 417/421, subindo os autos. Este, em síntese, o relatório.

II. É caso de acolhimento do recurso para ser anulada a sentença, na parte em que deixou de apreciar um dos pedidos da autora.

A inicial é perfeitamente clara no sentido de que a autora formulou pedido de dúplice natureza. Pleiteou, textualmente, fosse *“declarada a inexistência*

de relação jurídico-tributária entre as Autoras e o Estado Réu quanto ao recolhimento do ICMS incidente sobre os encargos de transmissão e conexão na entrada de energia elétrica, especialmente as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD), bem como da demanda contratada e não utilizada, definindo-se a base de cálculo do referido tributo, em tais operações, como sendo, unicamente, o montante relativo à energia elétrica efetivamente consumida,” (cf. fls. 18, g.n.).

A espécie dos autos suscita a aplicação do artigo 1.013, § 3º, II, do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), “in verbis”:

“Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformar sentença fundada no art. 485;

II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

§ 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

§ 5º O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação”.

Houve neste caso manifesta omissão no tocante ao exame de um dos pedidos deduzidos autonomamente. Pretensão a que a exação do ICMS sobre energia elétrica se restrinja àquela efetivamente consumida, mesmo que a contribuinte haja contratado fornecimento superior, em nada se confunde com a inclusão, na base de cálculo do imposto das tarifas relativas ao uso do sistema de transmissão ou ao de distribuição (TUST e TUSD). A primeira é objeto da Súmula 391 do STJ, como apontado na inicial, bem como do Tema 176, da Repercussão Geral do STF (fls. 12/14). Esse segundo pedido jamais foi apreciado em primeiro grau, em que pese a provocado o Juízo por sucessivos embargos declaratórios.

Não se perde de vista que, além de não ter sido examinado um dos pedidos cumulados, não houve angularização da relação processual, com a citação da Fazenda, antes do proferimento da sentença. A Fazenda só foi chamada aos autos depois da interposição da apelação. De todo modo, foi-lhe concedida oportunidade para contraditar a pretensão da autora, cujo recurso de apelação aborda amplamente o pedido de limitação da incidência à energia efetivamente consumida, sem se considerar a contratada. Cumpru-se o contraditório.

Possível, então, conhecer do recurso naquilo em que fere o mérito da pretensão, especificamente no que respeita ao pedido não apreciado na origem.

A r. sentença desacolheu a pretensão de inexigibilidade do ICMS incidente sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou de Distribuição (TUSD), e a autora conformou-se tal solução.

Todavia, como assinalado, a r. decisão não guarda congruência com o teor do pedido em sua totalidade. Decidiu aquém do que foi postulado, não fazendo nenhuma menção ao pedido de não incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada. Fere-se a sentença de nulidade. Daí caber lançar mão do inciso II do § 3º do art. 1.013, CPC/15, acima transcrito, aos limites qualitativos e quantitativos do pedido inaugural.

Deixa-se claro que o que se defere à autora não é a exclusão da incidência de ICMS sobre a TUSD e a TUST, mas sim a não incidência do referido tributo sobre a chamada “demanda contratada” de energia elétrica, mas sim sobre aquela que for efetivamente consumida.

Dessa maneira, anula-se em parte a r. sentença, e, estando a causa madura, é caso de acolher a pretensão no que tange especificamente ao pedido de não incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

A energia elétrica foi equiparada no sistema constitucional a mercadoria, para fins de incidência do ICMS (artigo 155, inciso II e § 3º). O fato gerador, a circulação dessa “mercadoria”, dá-se no momento de seu consumo, de sua efetiva utilização pelo consumidor. Ou, ***“o momento em que a energia passa pela confluência entre a rede pública de transmissão e o sistema elétrico do consumidor, ocasião em que ocorre a saída da mercadoria e respectivo consumo”*** (V. Aresto do TJRJ citado em r. despacho do Min. RICARDO LEWANDOWSKI, do STF, de

26.08.2008, no Agravo de Instrumento n. 721.702-RJ).

A controvérsia cinge-se à possibilidade, ou não, de incidência de ICMS sobre a “demanda contratada” de energia elétrica. E a resposta é negativa, tendo a autora razão em seu inconformismo.

O entendimento de que o fato gerador do ICMS é a energia efetivamente utilizada foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgado cujo preceito é do seguinte teor: **“O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.”** (Súmula nº 391).

E, em 27 de abril de 2020, o Supremo Tribunal Federal, em recurso julgado sob regime de Repercussão Geral, pacificou sua jurisprudência no sentido de que apenas a energia elétrica efetivamente utilizada deve sofrer exação do ICMS:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. VALOR COBRADO A TÍTULO DE DEMANDA CONTRATADA OU DE POTÊNCIA. 1. Tese jurídica atribuída ao Tema 176 da sistemática da repercussão geral: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”. 2. À luz do atual ordenamento jurídico, constata-se que não integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica valores decorrentes de relação jurídica diversa do consumo de energia elétrica. 3. Não se depreende o consumo de energia elétrica somente pela disponibilização de demanda de potência ativa. Na espécie, há clara distinção entre a política tarifária do setor elétrico e a delimitação da regra-matriz do ICMS. 4. Na ótica constitucional, o ICMS deve ser calculado sobre o preço da operação final entre fornecedor e consumidor, não integrando a base de cálculo eventual montante relativo à negócio jurídico consistente na mera disponibilização de demanda de potência não utilizada. 5. Tese: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”. 6. Recurso extraordinário a que nega provimento.” (STF, Pleno, RE 593.824-SC, j. 27.04.2020, Rel. o Min. EDSON FACHIN – Repercussão Geral – Mérito – Tema 176 – sublinhou-se).

No mesmo sentido a jurisprudência deste Tribunal:

“APELAÇÃO CÍVEL Mandado de segurança - Pretensão de afastar a exigibilidade do ICMS sobre o valor pago a título de “demanda contratada” de energia elétrica - Tese fixada pelo C. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 593824/SC - “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor” (Tema 176) - Limitação do pedido - O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança, nem tampouco produz efeitos patrimoniais com relação a período pretérito - Inteligência das Súmulas 269 e 271 do STF - Sentença concessiva da ordem reformada em parte - Recurso provido em parte.” (11ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1035874-17.2019.8.26.0114, Rel. o Des. OSCILD DE LIMA JÚNIOR, j. 27.08.2020).

“APELAÇÃO e REEXAME NECESSÁRIO - Mandado de Segurança ICMS - Pretensão de que o imposto seja cobrado sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida e não sobre o valor contratual de demanda reservada - Concessão da segurança, autorizada a compensação dos créditos pagos a maior Pretensão de reforma - Possibilidade, em parte - Legitimidade ativa configurada Impetrante que integra o polo passivo da obrigação tributária - Artigo 121 do CTN - Inadmissível a cobrança do ICMS pela energia não utilizada, eis que ausente o fato gerador do imposto ICMS que somente incide sobre as operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor - Entendimento firmado pelo Eg. STF no julgamento do RE 593.824 (Tema 176), em sede de repercussão geral Súmula nº 391 do Col. STJ - Precedentes do STJ e desta Col. Câmara - Compensação tributária Descabimento - Necessidade de lei estadual autorizadora - Aplicação do art. 170 do CTN - Sentença reformada nesse ponto - Concessão parcial da segurança - Parcial provimento do recurso, com solução extensiva ao reexame necessário, rejeitada a matéria preliminar.” (6ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1001168-81.2019.8.26.0219, Rel. a Des. MARIA OLÍVIA ALVES, j. 26.08.2020).

“MANDADO DE SEGURANÇA ENERGIA ELÉTRICA CONTRATO DE RESERVA DE DEMANDA ICMS. O ICMS vem sendo cobrado da empresa sobre o valor total faturado na conta de energia elétrica, independentemente de ter havido ou não o efetivo consumo da energia contratada. Contudo, o ICMS não pode incidir sobre o valor do contrato de demanda reservada, caso a empresa não venha a utilizar a quantidade de energia elétrica contratada. Incidência sobre a energia efetivamente consumida e não sobre a demanda contratada. Com efeito, a norma de regência do ICMS indica que só há incidência do tributo sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida pelo contribuinte, uma vez que o fato gerador do tributo está atrelado à saída da mercadoria do estabelecimento da fornecedora de energia. Se não há saída, porque o consumidor não precisou fazer uso de toda energia contratada, não ocorreu o fato gerador do ICMS. O ICMS é cobrado sobre a circulação de mercadorias, o que somente se consolida com a efetiva saída da energia do estabelecimento do fornecedor e sua entrada no

estabelecimento consumidor. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO C.STJ, EM RECURSO REPETITIVO A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência. SÚMULA 391 DO C. STJ O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada. TESE DO TEMA 176 DO C.STF A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor. Sob a ótica constitucional, a disponibilização de potência elétrica no ponto de entrega (pela distribuidora ao consumidor) não constitui fato gerador do ICMS, o qual possui como pressuposto indispensável a efetivação geração de energia, sem a qual não há circulação. Sentença de improcedência reformada. Recurso provido, concedendo a ordem para reconhecer a inexistência de fato gerador de ICMS sobre o valor contratado entre a Autora e a concessionária de energia elétrica, devendo o tributo incidir somente tendo por base a energia elétrica efetivamente entregue no estabelecimento comercial da Autora.” (8ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1018616-51.2017.8.26.0053, Rel. o Des. LEONEL COSTA, j. 4.11.2020).

“MANDADO DE SEGURANÇA. Erro material na indicação da autoridade coatora. Equívoco da impetrante quanto à exata nomenclatura do cargo da autoridade apontada como coatora que não justifica a extinção do processo sem resolução de mérito. ICMS. Energia elétrica. Incidência sobre a demanda contratada. Tributo que deve incidir apenas sobre a energia efetivamente consumida. Súmula 391 do Superior Tribunal de Justiça. Compensação. Pretensão à repetição do indébito de ICMS dos últimos cinco anos mediante compensação. Inadmissibilidade. A via mandamental não comporta efeitos pretéritos. Inexistência de lei estadual que autorize a compensação de indébito tributário com lastro em título judicial, nos termos do artigo 170 do CTN. Sentença que concedeu a segurança em parte. Recursos oficial e voluntários das partes não providos.” (10ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1000041-43.2020.8.26.0488, Rel. o Des. ANTONIO CARLOS VILLEN, j. 4.11.2020).

“APELAÇÃO - Ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária c.c. repetição de indébito - Repetição de indébito de ICMS sobre a reserva de demanda não consumida - Admissibilidade, ante a incidência do ICMS apenas para a demanda de potência efetivamente utilizada (STJ, REsp. nº 960.476/SC, no regime de recurso repetitivo e Súmula 391) - Correção monetária e juros de mora, conforme a taxa SELIC - Sentença reformada para a procedência da demanda, realinhando-se os encargos de sucumbência - RECURSO VOLUNTÁRIO DA PARTE AUTORA PROVIDO.” (1ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1049542-78.2018.8.26.0053, Rel. o Des. VICENTE DE ABREU AMADEI, j. 30.08.2019).

Dessa maneira, reconhece-se o direito da autora à ver declarada a inexistência de relação jurídico-tributária com a Fazenda Estadual no que tange à

incidência de ICMS sobre a “demanda contratada” de energia elétrica, devendo o imposto incidir apenas sobre a energia efetivamente consumida.

Assim, a autora faz jus à restituição dos valores indevidamente pagos àquele título, respeitada a prescrição quinquenal. Também é de rigor o cancelamento da sanção por litigância temerária aplicada com apoio no artigo 1.026, § 2º, do CPC. O apenamento foi totalmente injustificável. Ao contrário, a autora tinha razão ao apontar omissão da sentença no tocante à apreciação de um dos pedidos que formulou na inicial.

Portanto, dá-se provimento ao recurso da autora para anular em parte a r. sentença e, prossequindo no exame do mérito, julgar parcialmente procedente a ação para: a) declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre ele e a Fazenda Estadual no que tange à incidência de ICMS sobre a “demanda contratada” de energia elétrica, devendo a ré excluir da base de cálculo do ICMS os valores exigidos a tal título; b) condenar a requerida à restituição dos valores indevidamente pagos, respeitada a prescrição quinquenal; c) cancelar a condenação imposta a fls. 388 com base no art. 1026, § 2º, do CPC. Sobre as diferenças devidas incidirão atualização monetária, a partir do desembolso, e, juros de mora, a contar do trânsito em julgado.

No que respeita à disciplina dos juros e da correção monetária, observar-se-á o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema nº 810 de Repercussão Geral e pelo Superior Tribunal de Justiça no tema 905 de Recursos Repetitivos, em especial, quanto a este último precedente vinculante, a tese fixada sob no item 3.3 (“3.3 *Condenações judiciais de natureza tributária. A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de débitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN)*”). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices” – g.n.).

A Fazenda responderá pelas custas e despesas de reembolso, incluídas as do preparo deste recurso, e por honorários advocatícios sobre a parte do pedido em que sucumbiu, à base de quinze por cento (15%) do proveito econômico a ser definido em fase de liquidação, na forma do artigo 85, § 4º, do Código de Processo Civil.

III. Por todo o exposto, dão provimento ao recurso para anular em parte a r. sentença e, prosseguindo no exame do mérito, julgam parcialmente procedente a ação.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

AROLDO VIOTTI